

POKOL BÉLA*

Az alkotmánybíróságok funkcióbővülése: a jurisztokratikus állam felé

1. A funkcióbővülése menete

Az alkotmánybíráskodás eszméje a világ első szövetségi államát létrehozó Egyesült Államokban vetődött fel az 1800-as évek elején, és ekkor egyetlen funkciót társítottak ehhez az intézményhez. A szövetségi és a tagállami törvényhozás menetében ugyanis összeütközött a szövetségi alkotmányban taxatíván felsorolt szövetségi állami hatáskör a tagállamok hatáskörével, és nem volt semmilyen intézmény ennek feloldására. A Szövetségi Legfelsőbb Bíróság vezetője, John Marshall főbíró 1803-ban arra a belátásra jutott, hogy az ilyenfajta ütközéseket nekik kell majd mindig feloldaniuk. Így tehát a törvények alkotmányi hatáskör-leírásnak megfelelését vagy éppen a hatáskör-túllépését célzó ellenőrzést tekintették az alkotmánybíráskodás funkciójának. A pusztán hatásköri bíráskodást jelentő alkotmánybíráskodás aztán az 1800-as évek második felében kibővült az Egyesült Államokban, és a szövetségi alkotmányhoz fűzött alkotmánykiegészítések révén beemelt alkotmányos alapjogokhoz is mérni kezdték a vitatott törvényeket. Ezzel a kezdeti alkotmánybíráskodás pusztán formai szempontú törvénykontrollja egyrészt tartalmi jellegű felülvizsgálattá is vált, másrészt mivel a viszonylag pontos hatásköri szabályokhoz képest az alkotmányos alapjogok átlalánosabb és nyitottabb jellegűek – ami szabadabb bírói mérlegelést tett lehetővé –, ezért ez az újonnan létrejött tartalmi felülvizsgálat fokozatosan erőteljes politikai centrummá is tette az alkotmánybíráskodást a törvényhozás felett.

Európában nagy tisztelettel figyelték a törvényhozás felett az alkotmányos rendelkezéseket folyamatosan számonkérő amerikai alkotmánybíráskodást, és a szövetségi államiságot szintén megvalósító Svájcban az 1874 május 29.-i alkotmánymódosítással lehetővé tették, hogy a kantonok és a szövetségi állam vitáiban döntő Szövetségi Bíróság előtt az állampolgárok is panasszal támadhassák meg az alkotmányos jogaikat sértő állami aktusokat.¹ Az osztrák tartományok és a szövetségi állami intézmények közötti viták feloldására a neves osztrák államjogász, Georg Jellinek 1885-ben egy kit-

* egyetemi tanár, Szegedi Tudományegyetem

¹ Lásd GEORG JELLINEK: *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich. Alfred Hölder K. K. Universitäts- und Buchhandlung*. Wien. 1885. 57. p.

erjedt jogkörökkel rendelkező alkotmánybíráskodást tervezett el tanulmányában. Ebben már széles körben megjelent az előbbieken túl a parlamenti törvényhozás sokoldalú alkotmánybírói kontrollja, és a választások lefolyása feletti alkotmányos ellenőrzés éppúgy bekerült az alkotmánybíráskodás funkciói közé, mint a minősített többséget követelő alkotmánymódosító törvények védelme a egyszerű törvényekkel szemben.²

Az alkotmánybíráskodás intézményének átvétele aztán Európában – az e szempontból csak csonka svájci előkép után – 1920-ban történt meg Ausztriában azzal a módosítással, hogy itt az eredeti helyén a rendes bíróságok által ellátott alkotmánybíráskodást külön szervezett alkotmánybírószakra bízta, és ez már előre jelezte ennek jellegváltozását. Georg Jellinek terveitől eltérően – aki a legfőbb osztrák bíróságot, a Bundesgerichtshofot tervezte felruházni az alkotmánybíráskodás funkciójával, ahogy az a mintát adó Egyesült Államokban is létezik – a ténylegesen megvalósult osztrák alkotmánybírószék teljes mértékben elkülönült a rendes bíróságok hierarchiájától és alapvetően nem bírák, hanem egyetemi jogászprofesszorok és ügyvédek kerültek bele alkotmánybíróként. Az akkori szociáldemokrata parlamenti többség ugyanis a legkevésbé sem bízott a konzervatív osztrák felsőbbbírói karban, és megfelelőbbnek látta, ha az elkülönített alkotmánybírószékbe a baráti szociáldemokrata jogászprofesszorok és hozzájuk húzó más jogászok kerülnek be. Ez annál inkább is fontos volt a különálló alkotmánybírószék eszméjének létrejötténél, mert ez az újfajta alkotmánybíráskodás Ausztriában eleve nem a bírói perek végére illesztve került, és így végezte el az éppen alkalmazott törvényi rendelkezések alkotmányhoz mérését, hanem a parlamenti törvényeket a létrejöttük után közvetlenül meg lehetett támadni. Ezzel a módosítással pedig az alkotmánybíráskodás a parlamenti kormánytöbbség és az ellenzéki pártok állandó vetélkedésének a középpontjába került, és lényegében politikai döntőbíróvá vált a létrejött törvények alkotmányos ellenőrzése közben.

Az alkotmánybírószékek funkcióváltozásai menetében a következő mérföldkő a második világháború utáni újrendezés volt a legyőzött Németországban és Olaszországban, ahol a megszálló amerikai csapatok vezérkarai által levezényelt alkotmányozás adta meg az alapokat. Bár otthon Amerikában a rendes felsőbbbírószékek által ellátott alkotmánybíráskodás működött, de éppúgy ahogy 1920-ban a baloldali osztrák szociáldemokrata többség is tartott a konzervatív bírói kartól, úgy a megszálló amerikai katonai vezetés sem akarta a nagy politikai hatalommal elátott alkotmánybírói pozíciókat a Hitler és Mussolini alatt is bíráskodó bírói karnak adni. Így az osztrákoknál már mintát adó, külön szervezett alkotmánybírószék vált a német alkotmánybírószék formájává is. A szintén a rendes bírói hierarchián kívül szervezett olasz alkotmánybírószék ezzel szemben csak korlátozott jellegű lett. Itt azonban a belső politikai erők harcai miatt amúgy sem kezdte meg ez a szerv a működést az 1950-es évek végéig, amikor a német alkotmánybírák már döntő mértékben meghatározták a német állam cselekvési lehetőségeit. De a későbbiekben is, az 1980-90-es években az alkotmánybírószékek elterjedésekor az olasz modell jelentősebb hatást nem fejtett ki, és a német minta vált az átvétel főutvonalává, így érdemes ennek elemzésére koncentrálni.

Itt – miközben az osztrák minta szerinti közvetlen törvénykontrollt is meghagyták – félrészben igyekeztek visszakötni a felsőbbbírószékekhez is ezt az intézményt. Lehetővé

² JELLINEK im. 10–52. pp.

tették a rendes bírói perek jogerős lezárása után az alkalmazott törvényi rendelkezések alkotmányjogi panasszal megtámadását, és nagyon hamar ez vált a legnagyobb munkateherré itt. Másrészt a felsőbírói karhoz kötődés egy fokának megteremtése érdekében előírták, hogy a szövetségi alkotmánybíróság két szenátusában a bírák egyharmadát a legfelsőbb bíróságok tagjai közül kell megválasztani.

Az alkotmánybíróságok funkcióinak változása szempontjából fontos volt az a fejlemény, melyet a német alkotmánybírák kezdtek el mind erősebben alkalmazni az általuk alkotmányellenesnek minősített törvények, törvényi rendelkezések megsemmisítésekor. Eredetileg a külön szervezett és jórészt közvetlenül a törvényhozás feletti kontrollra átépített alkotmánybíráskodás – az ennek szülőatyjaként emlegetett Hans Kelsen megfogalmazásában – csak *negatív* törvényhozást végezhetett, azaz pusztán csak megsemmisíthette a törvényeket alkotmányellenesség címén, de pozitívan az ezek helyére létrehozott új törvényeket továbbra is a parlamenti többsége határozhatta meg. A német alkotmánybírói gyakorlatban ez kezdett fokozatosan megváltozni, és a döntéseik indokolásában egyre sűrűbb előírásokkal kezdték ellátni a megsemmisítés kimondását, melyekkel részletesen rögzítették, hogy a létrehozandó új törvényt milyen tartalom esetén fogják alkotmányosnak elismerni. Ezzel a negatív törvényhozás egyre erőteljesebben pozitív törvényhozás felé csúszott el. E fejlemények aztán a német minta alapján létrehozott új alkotmánybíróságoknál az 1980-as évektől több esetben még fokozottabban jelentek meg.

A továbbvitel egyik élharcosa a spanyol alkotmánybíróság lett az 1980-as évek elejétől. Átvéve a németek által kifejlesztett aktivista alkotmánybíráskodási stílust a spanyolok abban is kezdtek továbblépni a németeken, hogy a döntéseik alapját jelentő spanyol alkotmányt fokozottan kezdték félretolni, és alapvetően a saját régi – szabadon létrehozott – döntéseiket vették alapul az új és új döntéseik megalapozásához. A saját alkotmánybírói esetjog gyakori használata a vonatkozó alkotmányi rendelkezések mellett ugyan a németeknekél is jellemző vonás volt már régen, de ott azért az egyes döntéseknél az alkotmányi rendelkezések szövegének elemzése is megjelenik. (Igaz, sokszor alaposan elszakadva tőle, és egy-egy generális alapjogból kiolvastott alapjogra történik a döntésük alapozása.) A spanyolok esetében azonban gyorsan kialakult az is, hogy a teljes döntést a saját régi esetjogukra alapozzák, félretolva a vonatkozó alkotmányi rendelkezést.³ Ezen az úton a német kezdeményezés felfokozásával létrejött a spanyoloknál a *pseudo-alkotmány* jelensége, amely az írott alkotmány helyére lépő alkotmánybírói esetjogot jelenti.

Ebben és a német alkotmánybírói kezdemények más verzióinak továbbvitelében élharcos lett az 1990-től létrehozott magyar alkotmánybíróság is, és mivel amúgyis ezt

³ Ennek legnyilvánvalóbb példája volt az a 2012-es döntésük, amikor az egyneműek közötti házasságot lehetővé tevő polgári törvénykönyvi rendelkezés felett döntöttek, és bár a spanyol alkotmány szószerint kimondja, hogy a házasság egy nő és egy férfi közötti jogi kapcsolat, a spanyol alkotmánybírói testület többsége alkotmányosnak ismerte el az ezzel szembefutó törvényi rendelkezést. A spanyol alkotmány vonatkozó rendelkezése angol fordításban így hangzik: „Art 32.1. A man and a woman will be entitled to marry in terms of full legal equality.” Ezt így interpretálták az ottani alkotmánybírák: „Otherwise, if strictly and literally interpreted, Article 32 CE only identifies the holders of a right to marry, not the other spouse, although, we must insist, systematically speaking it is clear that this does not mean that there was a wish in 1978 to extend the exercise of this right to homosexual unions” STC No. 198/2012, 5.p. Az alkotmányozó akarattal szembenállás beismerése ellenére azonban döntésükben deklarálták az egyneműek közötti házasság alkotmányosságát.

ismerem részleteiben a legjobban, az alkotmánybíróságok funkcióváltozásainak elemzését erre összpontosítva végzem el. Magyarországon a kommunizmus bukásakor egyáltalán nem volt ismert az alkotmánybíráskodás eszméje a jogászság nagyobb részében és a szellemi életben, és így 1990-ben csak mint a régen várt politikai demokrácia legfőbb vívmánya került propagálásra. A taláalomra beválasztott első alkotmánybírák többsége sem volt tisztában, hogy végülis milyen szerep illeti őket a új többpárti politikai rendszerben. Az első szabadon választott parlamenti kormánytöbbség erőviszonyai 1990-ben aztán sajátos lehetőséget adtak a legnagyobb alkotmánybírói hatalom kibontakoztatására Magyarországon. A rendszerváltás első hónapjainak kaotikus körülményei között ugyanis egy kis többséggel a nemzeti-konzervatív pártok egy koalíciója ért el kormánytöbbséget, de a megszerzett kormányhatalmon túl a teljes médiahatalom, az egyetemi-akadémiai szféra szellemi hatalmi csoportjai és a gazdasági hatalmat jelentő régi szocialista nagyvállalatok vezetőrétegei mind az ellenzékbe került baloldali és balliberális pártokat támogatták. Ebben a helyzetben az ellenzék mögötti túlnyomó hatalmi források szinte már az első hónapokban lebénították a kormányt, és volt is egy kormánybuktató taxisblokád a fővárosban, amely tényleg majdnem államcsinnyé változott 1990 novemberében.

A magyar alkotmánybíróság ekkor kezdte el kialakítani döntési stílusát, és a karizmatikus elnök, Sólyom László ösztökélésére a német mintából a legaktivistább hatáskörbővítéseket vette át döntéseiben.⁴ Ráadásul Magyarországon nem terhelte az alkotmánybírákat a bírói döntésekkel szembeni alkotmányjogi panaszokkal való foglalkozás – amely többi alkotmánybírósnál ezerszámra érkezve a legnagyobb munkaterhet jelenti –, és az osztrák megoldásnak megfelelően itt közvetlenül a parlamenti kormánytöbbség kontrollja körül alakult ki a feladatuk. Ezen felül itt ezt a közvetlen törvénykontrollt – eltérően az osztrákoktól – bárki kezdeményezhette, és így szinte naponta került sor az első években törvénymegsemmisítésekre. A törvények sűrűn végbenemő alkotmányellenessé nyilvánításainak már az kezdetekor lefektetésre került itt 1990 decemberében – alig néhány hónapos alkotmánybírószági működés után –, hogy az írott alkotmányon túl igazán az alkotmánybírák saját döntéseivel létrehozott „láthatatlan alkotmány” jelenti az tényleges döntési alapot számukra, és bár ezt gyakorolták már ekkora a spanyol és jórészt a német alkotmánybírák is, de ilyen nyíltan sehol nem vállalták fel ennek kimondását. Az említett politikai erőviszonyok között – amikor a pusztán kormányhatalommal rendelkező kormánytöbbséggel szembenállt az ellenzék mögé felsorakozó teljes médiahatalom, egyetemi-akadémiai szellemi hatalom és a gazdasági elit – a „láthatatlan alkotmány” létrehozó és ez alapján a törvényeket tucatszámra megsemmisítő alkotmánybírák az ellenzék és az őket támogató társadalmi csoportok számára a demokrácia hőseivé váltak. Tetszőlegesen túlléphetek ebben a politikai légkörben az alkotmányi előírásokon, és minél több törvényt semmisítettek meg, annál nagyobb elismerést kaptak a tömegmédiákban és az akadémiai szellemi hatalom képviselői részéről. Ilyen óriási háttértámogatás mellett – amikor a nyilvánosságban

⁴ Kim Lane Scheppele – a saját pozitív értékelésénk megfelelően – Sólyom László karizmatikus elnöki szerepét az orosz AB-elnök, Valerij Zorkin szerepéhez hasonlítja, és a poszt-szovjet idők alkotmánybírószágainak két legkiemelkedőbb személyiségének tartja őket. KIM LANE SCHELPELE: *Guardians of the Constitution: Constitutional Court Presidents and the Struggle for the Rule of Law in Post-Soviet Europe*. University of Pennsylvania Law Review (vol. 154.) 2006. 1757–1851. pp.

szinte tilos volt kritizálni az alkotmánybíróági döntéseket – a magyar alkotmánybíróági gyakorlatban elkezdtek átvenni a hatáskörbővítés minden már kialakult formáját, és a negatív törvényhozást jelentő törvényt megsemmisítések mellett a jövőbeni törvények pozitív meghatározásának egy sor formáját kialakították.

Ezeket aztán a 2011-es új magyar Alkotmány alapján létrehozott új alkotmánybíróági törvény legalizálta is, így ma már – túl az egyszerű törvényt megsemmisítéseken alkotmányellenesség címén – a következő eszközök állnak a rendelkezésre az alkotmánybíróóság számára a jövőbeni törvényi tartalmak meghatározására. 1) Belenyúlhat a vizsgált törvényi rendelkezésbe az alkotmánybíróóság úgy is, hogy mozaikosan semmisíti meg a rendelkezés egy részét (a többi részt érintetlenül hagyva), és így alapvetően át tudja alakítani a jövőt illetően annak tartalmát. 2) Megteheti, hogy érintetlenül hagyja a vizsgált törvényi rendelkezés egészét, de egy alkotmányos követelményt fűz hozzá – kiegészítve a törvényi rendelkezést –, és így a bírák és a hatóságok a jövőben csak ezzel a kiegészítéssel együtt alkalmazhatják azt. 3) Egy harmadik lehetőség, hogy egy alkotmányos jogelvet, egy alkotmányi rendelkezést vagy egy alapjogot bevonva a vizsgált törvényi rendelkezés értelmezésébe kimondja, hogy egy alkotmányos mulasztást lát fennállni, és egy határidő tűzésével kötelezi a törvényhozót, hogy egy törvényt módosítással tegyen eleget az alkotmányos mulasztás megszüntetésének, miközben az alkotmánybíróági döntés az indokolásában fő vonalaiban már körvonalazza is a megkívánt törvényt módosítási tartalmat. Ezek révén az alkotmánybíróóság a negatív törvényhozáson túl széles eszköztárat kapott a törvények pozitív irányú meghatározására is.

Összegezve az eddigi funkcióváltozások és funkcióbővülések elemzését rögzíteni lehet: az alkotmánybíróóság funkcióinak középpontjában az áll, hogy a ciklusonként változó parlamenti kormánytöbbség, esetleg a jelentős hatalommal rendelkező államfő és az ellenzéki pártok küzdelmei folyamán őrizze a társadalom – törvényhozási többségnél nagyobb – konszenzusával elfogadott alkotmány előírásait, és magukban az e küzdelmeknek keretet adó választási és más politikai akaratképzési eljárásokban is biztosítsa az alkotmány előírásainak garanciáit. Az alkotmánybíróák választási bíráskodásán túl ez a funkció megvalósulhat a törvényhozás közvetlen ellenőrzésével az előzetes normakontroll menetében, amikor az elfogadott törvényt a kihirdetés előtt vizsgálják, és semmisíthetik meg alkotmányellenesség címén, vagy az utólagos normakontroll eljárásában, amikor a már kihirdetett törvényeket vizsgálják meg. Ez az utólagos normakontroll végbemehet absztrakt módon, amikor a képviselők – jellemzően az ellenzéki képviselők – egy csoportja (pl. ötven fő vagy a képviselők egynegyede stb.) támadhatja meg az elfogadott törvényt, vagy szövetségi jellegű államokban a szövetségi törvényeket a tagállamok kormányai, esetleg törvényhozási többségei is, és ugyanígy fordítva, a tagállami törvényeket pedig a szövetségi állami szervek is. De egyes országokban ez szélesebben is lehetséges, és például Magyarországon az 1990-es rendszerváltástól 2012-ig, az új Alkotmány elfogadásáig bárki – még nem magyar állampolgár is – megtámadhatott alkotmányjogi panasszal bármilyen törvényt és jogszabályt rögtön a kihirdetésük után az alkotmánybíróóság előtt, és kérhette a megsemmisítésüket.

E fő funkció mellett – ha már létezik – az alkotmánybíróóság olyan funkciókat is megkapott, melyek révén az államfő és esetleges más államhatalmi vezető, például a miniszterelnök hatalommal visszaélése esetén indult eljárásokban válik döntőbírává. Így

fosztották meg az alkotmánybírák Litvániában 2004-ben az államfőt – Rolandas Paksas – a posztjától, vagy Thaiföldön a miniszterelnököt két esetben is megfosztották a hivatalától az ezredforduló utáni első években. Noha erre még nem került sor, de az államfő hivatalból eltávolítására a magyar alkotmánybírák is jogosultak, és a képviselők kétharmadának döntésével elfogadott javaslatára az alkotmánybírák megfoszthatják az államfőt a posztjától, ha az Alkotmány vagy a törvények szándékos megsértését állapítják meg nála.⁵

2. A jurisztokratikus állam felé

Mint az eddigi elemzésből látható, a világban egyre inkább terjedő alkotmánybíráóságok az eredeti, szűk hatáskörök helyett mind szélesebb kompetenciával rendelkeznek, és így a demokrácián nyugvó államhatalom pusztán alkotmányos keretben tartása helyett a társadalomirányító döntések középpontjává válnak. A jogállami demokrácia elnevezés – melyet e megváltozott államhatalmi szerkezetre használnak – egyre kevésbé fedí a valóságot, mert nem egyszerűen az alkotmányi garancialis keretek feletti örökösödést jelent az alkotmánybíráskodás ebben a kiszélesített formában, hanem az állami főhatalmi döntések részben vagy egészben való elvételét a milliók által megválasztott demokratikus testületektől. Ez a kiszabadulás a demokrácia szervezési elvei alól nemcsak az alkotmánybíráóságokat érinti, hanem az innen kiinduló impulzusokat átvéve a teljes felsőbbbírói bíráskodás is elszakadhat a törvényhozói meghatározás alól, és a törvénytől elszakadó jogértelmezési módszerek, illetve nomatívan üres alkotmányi értékekre hivatkozás alapján lényegében szabadon alakítják ki a bírói joggyakorlatot. Erre a rendszerre megfelelőbb a jurisztokratikus állam elnevezés, mert ez adja vissza az államhatalom működésének a valóságát. Ezzel a szem elé kerül, hogy itt nem egyszerűen a jogállamisággal „megnemesített” demokráciáról van szó, hanem a demokráciának egy korlátozott formájáról, amely részben már szakított a népre mint az állampolgárok összességére alapozott hatalomgyakorlással.

A jurisztokratikus államnak ez az elfogultságmentesen történő korlátozott demokráciaként felmutatása lehetővé teszi létrejöttének a megértését is. Ugyanis eredetileg az alkotmánybíráskodás eszméje egyáltalán nem irányult a milliók választásán nyugvó demokratikus állami működés elfojtására, hanem csak a ciklikusan változó demokratikus kormánytöbbségek fölött az alkotmányi garanciák biztosítására. Vonatkozott ez az alkotmánybíráskodás amerikai kezdeteit jelentő hatásköri bíráskodásra a szövetségi szint és a tagállami szint között, és ugyanígy a kelsen-i osztrák alkotmánybíráskodásra 1920-tól. Csak az amerikai megszálló katonai kormányzat jogászainak ellenőrzése mellett 1949-ben kialakított német alkotmánybíráóság indult meg azon az úton, amely az utóbbi évtizedekre egyre inkább a demokráciát elfojtó jurisztokratikus állam létrejöttéhez vezetett egy sor országban. E modellnek a sikere, és az 1980-as évek elejétől a világ egy sor országában ennek mintájára létrehozott alkotmánybíráóságok egyre bővülő

⁵ Lásd a magyar Alaptörvény 13. cikkét, és ennek részletszabályaira az alkotmánybíráósági törvény 35.§-át; ugyanilyen tartalommal a régi Alkotmány 31/A- 32. §-ai is tartalmazták ezt.

államhatalmi kompetenciái hozták létre a demokratikus testületek nyílt politikai küzdelmein alapuló állami működés helyett a jogi ruhába bújtatott és jogi érvekkel megvívott jogi-politikai küzdelmek mai állami működését. Nem vitásan a német alkotmánybírósági modell elterjedése mellett ebben fontos szerepet játszott az alkotmánybíráskodásnak magában az Egyesült Államokban is végbement megváltozása az 1960-as évektől.⁶ Az itt megindult „alapjogi forradalom” teljes jogrendszer és politikai küzdelmeket átalakító technikái, majd ennek exportálása az amerikai alapítványok és jogvédő szervezethálózataik révén össze tudtak kapcsolódni a legközvetlenebb politikameghatározást lehetővé tevő német alkotmánybírósági modellel, és ezek együtt hozták létre mára a világ egy sor részében megfigyelhető jurisztokratikus állami működést a demokrácia részbeni elfojtásával.

Elfogulatlanul fel kell tehát tární, hogy a későbbiekben a világ egyre nagyobb részén mintát adó, főhatalmú alkotmánybíráskodással ötvözött demokrácia nem egy megnevesített demokráciaként jött létre, hanem már a létrehozók szándékai szerint is a demokrácia korlátozásaként és a sokmillió német tömegek feletti kontroll eszközeként. Ez sokáig tabutémát jelentett a német tudományos kutatásokban is, de az utóbbi években már – ha is annyira az alkotmányjogászai körökben, hanem inkább a történettudományi feltárásokban – már őszintébben írnak erről.

A Konrad Adenauer Stiftung 2009 májusában tartott konferenciájáról szóló összefoglalóban Rüdiger Löwe-t idézik, miszerint a amerikai befolyás és meghatározás tényleges nagysága a Grundgesetz létrejöttére és tartalmára mindmáig tabutémának számít a tudományos kutatásban: „Löwes Meinung nach sei der Einfluss der USA auf die Entstehung des Grundgesetzes heute immer noch ein Tabu-Thema. Die USA hätten mit sanfter Strenge auf den richtigen Weg geholfen. „General Lucius D. Clay und die amerikanische Regierung gaben nach dem Zweiten Weltkrieg ein engen Korridor vor, in dem sich die deutschen Gründungsväter bewegen konnten”.⁷ Ugyanerről a kérdésről így ír egy recenzióban Marcus M. Payk: „Über Brisanz der Frage, inwieweit das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland von 23. Mai 1949 als eine eigenständig deutsche Verfassung oder doch eher als ein „Diktat der Alliierten” zu werten sei, ist die Zeit hinweggegangen. Das Problem eines demokratischen Legitimationsdefizits durch die „Verfassungsschöpfung unter Besatzungsherrschaft” (R. M. Orsey) is zwar wiederholt aufgeworfen, größtenteils aber unter Hinweis auf den eigenständig deutsche Anteil an der Entstehung des Grundgesetzes sowie auf die akklamatorische Funktion der ersten und der nachfolgenden Bundestagswahlen verworfen worden.”⁸

Hermann-Josef Rupieper Németország amerikaiak általi megszállása közben a demokrácia egy sajátos formájának létrehozásánál három átfogó cél érvényesülését

⁶ Lásd ennek bemutatására CHARLES EPP: *Rights Revolution*. Chicago University Press. Chicago – London 1998, különösen 7–21 pp. A változás nyomán a mozgalmi jogászok politikai küzdelmeire pedig STUART SCHEINGOLD: *The Struggle to Politicize Legal Practice. A Case of Left Activist Lawyering* In: Sarat, Austin/S. Scheingold (ed.): *Cause Lawyering. Political Commitment and Professional Responsibilities*. Oxford University Press. New York. 1998. 118–150. pp.

⁷ Veranstaltungsberichte Konrad Adenauer Stiftung, Berlin, 26. Mai 2009.

⁸ Lásd Payk recenzióját: www.hsozkult.de/publikationreview/id/rezbuecher-238 vagy másodpublikációja: H-NET Review in the Humanities and Social Sciences. A recenzált mű pedig Edmund Spevack terjedelmes könyve, lásd Spevack: *Allied Control and German Freedom: American Political and Ideological Influences on the Framing of the West German Basic Law*. Münster LIT Verlag, 571. p.

emeli ki, melyek középpontjában a német tömegek tartós pacifikálása állt: „1949 hatten sich drei Strategien herauskristalisiert, um zu verhindern, dass die Deutschen jemals wieder zu einer Gefahr für die „demokratischen Welt“ werden konnten. Sie sollten „zum überzeugten Glauben an die Demokratie“ gebracht werden, sie mussten durch „Kontrolle und Überwachung“ in Schach gehalten werden, und sie waren durch Europäische Integration“ in breitere Beziehungen einzubetten. Alle Elemente dieser Politik existierten weiterhin parallel zueinander.”⁹

Barbara Fait az amerikai megszállás első éveiben keletkezett dokumentumokat elemelve leszögezte, hogy az amerikaiak nem felszabadítani akarták 1945-ben a németeket, hanem mint ellenséget ellenőrzés alá vonni és megbüntetni őket, és a kezdeti dűh elmúlása után is a keményen ellenőrzött és kézben tartott német demokrácia felépítését igyekeztek elvégezni. Eredeti angol nyelven is idézi, hogy milyen erős kontrollt gyakoroltak minden lényeges fejlemény felett az első években – így a szövetségi alkotmány létrehozásában is – az amerikaiak: „Die (Straf-)Direktive JCS 1067, von April bis Juli 1947 offizieller Richtlinienkatalog der amerikanischen Militärregierung, bringt die restriktive Haltung der Sieger deutlich zum Ausdruck. „Germany will not be occupied for the purpose of liberation but as defeated enemy nation.”¹⁰ Egy további jó idézet Fait elemzéséből annak alátámasztására, hogy az amerikai megszállók korlátozott demokráciára törekvése mögött a német tömegektől való félelem állt: „Es war der Hauptziel der USA wie auch die anderen Siegermächte, eine neuerliche Bedrohung der Welt durch Deutschland endgültig auszuschließen.”¹¹

Az OMGUS (Office of Military Government for Germany U.S. – a megszálló amerikai katonai kormányzati főhatóság neve) döntött arról már 1945-ben, hogy egy új alkotmányt kell megalkotni az ország egésze számára, és ugyanígy a Németországon belüli Landokban is. Az OMGUS melletti alkotmányozó munkacsoport létrehozása már 1946 decemberben megtörtént, és benne volt egy amerikai bíró is ill. az USA-ba emigrált és onnan most visszajött államjogászprofesszor, Carl Loewenstein: „Die Abteilung ließ sich dabei von einer im Dezember 1945 eingesetzten Inter-Divisional Working Party on Land Constitutions beraten. Diesem Arbeitsausschuß, der sich bereits seit Dezember mit der Frage der Länderverfassungen beschäftigt hatte, gehörten hochrangige Persönlichkeiten an, so der OMGUS-Legal Advisor Joseph Warren Madden, Professor der Rechte und zeitweilig Richter am US-Court of Claims, und der von 1933 von München nach Amerika emigrierte Verfassungsrechtler Carl Loewenstein.”¹² A Landesverfassung-ok mögötti igazi szuverén az amerikai katonai kormányzat volt, és a verfassungsgebende Versammlung-ok igazán csak tanácsadó szerepet játszhattak: „Bis zum 15. September 1946 erwartete die Militärregierung die Vorlage der fertigen Verfassungsentwürfe, die nach ihrer Genehmigung nicht später als am 3. November 1946 dem Volk zur Abstimmung unterbreitet werden sollten. (...) Mit der Anweisung verzichtete

⁹ HERMANN-JOSEF RUIEPER: *Peacemaking with Germany. Grundlinien amerikanischer Demokratisierungspolitik 1945–1954*. In.: Arnd Bauerkämper (Hg.) *Demokratiewunder. Transatlantische Mittler und die kulturelle Öffnung Westdeutschlands 1945–1970*. Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 2005. pp. 41–56.

¹⁰ BARBARA FAIT: „*In einer Atmosphäre der Freiheit*”. Die Rolle der Amerikaner bei der Verfassungsgebung in den Ländern der US-Zone 1946. *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte* 1985. No. 3. p. 420.

¹¹ FAIT, 420. p.

¹² FAIT, 426. p.

de Militärregierung aber keineswegs auf ihre alleinige Souverenität. Auch die Verfassungsgebenden Versammlungen hatten de jure nur beratende Funktionen.”¹³ Az OMGUS tanácsadói inkább a teljes alkotmányelfogadást is az alkotmányozó Versammlungok-on keresztül akarták megszervezni, de Clay ragaszkodott e helyett inkább a népszavazással elfogadáshoz. Ugyanis miközben a Landesverfassung-ok készítését alapvetően a kezükben tartották, Clay aggódott azon, hogy nehogy úgy váljon ismertté a közvélemény előtt, hogy az a megszállók által készített alkotmány: „These constitution must go to the German people as free creation of their elected representatives and with the least possible taint of Military Government dictation”¹⁴ És ezután a tanulmány szerzője, Fait hozzáteszi: „Andererseits waren weder Clay noch sein Stab geneigt, den Besatzungszielen oder vitalen amerikanischen Interessen zuwiderlaufende Verfassungsinhalte zu akzeptieren.”¹⁵ Clay egyik tanácsadója volt a Landesverfassung-ügyekben a német származású Carl J. Friedrich is, aki ezután a Grundgesetz előkészítésében is az OMGUS-t képviselte – írja Fait.

Számomra meggyőzőek ezek az elemzések arra, hogy megválaszoljuk a kérdést az eredeti alkotmánybíráskodási eszmével szakítás okáról, és e helyett a kiterjesztett és főhatalmi státusra emelt német alkotmánybíráskodási modellt létrehozó motivációkról. Ez pedig egyértelműen a sokmillió német tömegben nyugvó demokrácia korlátozását célozta, és épp ez volt a megszálló amerikai kormányzat jogászainak a fő szempontja. A nem megfelelő tömeges politikai akaratképzés és ennek parlamenti kormánytöbbséggé válásának veszélye esetén egy nagyhatalmú testület hatékony jogosítványokkal alapjaiban kiiktathatja ezeket a szerveződéseket, és az USA által dominált nyugati világ folyamatos ellenőrzését tudja biztosítani. A demokráciának ez a korlátozott modellje aztán egy olyan narratívával kapta meg a legitimitációját a nyilvánosság előtt, hogy ez a jogállamisággal megnevesített „igazi” demokrácia. Mivel pedig a politikai demokrácia mindennapjai a sokszor acsakodó parlamenti és médiavitákkal tényleg egy sor disszonáns benyomást és averziót kelt fel az emberek millióiban, így a társadalom tényleges alapdöntéseit meghozó alkotmánybíróságok nyilvánosság mögötti működése és csak méltóságteljes, ünnepélyes döntéshírdetéseiken való megjelenése tömeges támogatást biztosított a legtöbb helyen számukra. A német alkotmánybírási modellt aztán a világ sok országában átvették az 1980-s évektől indulóan, de látni kell, hogy ennek akadálytalan terjedéséhez és rendszerint tömeges támogatásához az is hozzájárult, hogy majd mindig olyan országokban történt ez meg, ahol előtte a diktatúra valamilyen formája létezett. Az ennek megdöntését kívülről is segítő hatalmak – rendszerint az Egyesült Államokkal az élen – aztán úgy tálták ezt a modellt, mint a modern kor igazi demokráciáját. Nincs itt semmi változás a demokrácia alapjait illetően, csak éppen a nagyhatalmú alkotmánybíróságok kompetenciái a milliók demokráciáját megtestesítő parlamenti kormánytöbbség felülbírlására az alkotmány garanciáival még nemesebbé teszi ezt a demokráciát – került propagálásra e modell. Ez azonban nem fedi a valóságot a kiterjesztett német alkotmánybírási modellt illetően, és ez csak az eredeti szerény jogkörű amerikai illetve osztrák alkotmánybíráskodásra lett volna igaz. Ez az alapvető

¹³ FAIT, 429.p.

¹⁴ Clay utasítását idézi a szerző, lásd FAIT, 432.p.

¹⁵ FAIT, 432.p.

változás már szakítást jelentett a tömegeken alapuló politikai demokácia állami rendszerével, és ténylegesen a jogi-alkotmányjogi ruhába öltöztetett politikai döntési rendszert hozta létre, melyet megfelelőbb jurisztikatus államnak nevezni.

Ha a középpontva emeltük a fő hangsúlyt illetően az állami működés demokratikus alapról jurisztokratikus alapra helyeződését, és így az eddigi legitimációs narrativa valósággal össze nem egyeztethető jellege láthatóvá vált, akkor felvethető, hogy milyen irányokba lehetne változásokat eltervezni ahhoz, hogy társadalom felé történő politikai legitimáció érvei nagyobb összhangban álljanak az állam tényleges működésével. Fontos kiemelni, hogy a mai jurisztokratikus államban sem történt teljes szakítás a demokácia egy visszaszorított működésével, csak éppen e fölött a főhatalom komoly részét gyakorló jurisztokratikus döntési rendszer áll. Itt a legitimációs alap – a jurisztokratikus állam hordozóinak magas parlamenti többséghez kötött választása révén a részbeni demokratikus legitimáció mellett – a jogi-alkotmányjogi érveléshez kötött döntési eljárás. Niklas Luhmann ezt úgy fejezte ki, hogy „legitimáció a pusztán a döntési eljárás minősége által”.¹⁶ Közvetlenül ugyan nem az állampolgárok milliói választják ezeket, de az absztrakt alkotmányi normatív keretektől vezetik le a döntéseiket, és ez az érvelési levezetés adja jurisztokratikus állam döntéseinek sajátos igazolását. Bizonyos fokig egy kettős legitimációnak lehet ezt nevezni. Ebből a helyzetből éppúgy adódik elvi lehetőség arra, hogy igyekezzünk visszametszeni az utóbbi évtizedek kiterjedt alkotmánybíráskodását és a rendes főbírói testületek törvénytől elszakadó működését – így visszatérjünk az állam fő hangsúlyát illetően a politikai demokrácia legitimációs alapjára –, minthogy arra is elvi lehetőség nyílik, hogy a jurisztokratikus állam nyílt legitimációját megteremtve ezt igyekezzünk megneemesíteni, és a demokrácia elvével is egy fokig rendszeresebben összekötni. E nélkül ugyanis egyrészt a nyilvánosság háta mögött a legnagyobb torzulásokkal működik a jurisztokratikus rendszer, másrészt a háttérbe szorított demokrácia elvei még inkább elsikkadnak az állam működésében.

A demokráciára visszametszés és az ezzel összeegyeztethető szerény jogkörű alkotmánybírási modellre visszatérés különösebb elemzést nem igényel, elég csak felsorolásszerűen emlékeztetni erre: az alkotmánybírák itt csak az alkotmányi garanciális keret fenntartását szolgálják a ciklikusan változó demokratikus kormánytöbbségek felett, és csak azon örködnek, hogy az éppen kormányon levő politikai erők ne tudják felszámolni a hatalomból eltávolításuk alkotmányi garanciáit; így itt az alkotmánybírátság főként a választási rendszert és a szabad politikai akaratképzés mechanizmusait őrzi a politikai váltógazdaság működésének épen tartásához, de a törvények tartalmának az absztrakt alapjogokra hivatkozva történő meghatározása már a jurisztkatikus állam felé eltolódást jelent, így az eredeti kelsen-i alkotmánybíráskodási modell mellett lecövekelve ezt meg kellene szüntetni.

A másik irányt az utóbbi évtizedek realitásává vált jurisztokratikus állam feljavítása jelenti, és ekkor elfogadjuk, hogy a politikai demokrácia működésében amúgyis jelen lévő, beépített torzulásokra hivatkozva nyílttá tesszük az alkotmányjogi ruhába öltöztetett jogi-politikai döntési mechanizmus rendszerét. Itt a változások a jurisztokratikus

¹⁶ NIKLAS LUHMANN: *Legitimation durch Verfahren*. Surhkamp. Frankfurt am Main 1982. Kritikájához lásd STEFAN MACHURA: *Niklas Luhmanns „Legitimation durch Verfahren” im Spiegel der Kritik*. Zeitschrift für Rechtssoziologie. (Vol. 14.) 1993. No. 1.

állam feljavítását-megnemesítését célozzák, és ezt egyrészt az alkotmánybíróságok működésében meglévő strukturális torzulások lehetőség szerinti kiiktatásával lehet elérni, másrészt a demokrácia elvével való erősebb összhang megteremtésével. Jelenleg a következő torzulások jellemzik a nyilvánosság háta mögött működő alkotmánybíróságokat: 1) Kiválasztási mechanizmusukban nem megfelelő a pusztán pártkatonára jellemző alkotmánybírók elkerülése, és ez egy fok felett – a jurisztokratikus állam gyenge minősége mellett – a törvényhozási váltógazdaságot is megkérdőjelezi. 2) A generalista alkotmánybíráskodáshoz nem tudnak felnőni a tipikusan szűk, szakosodott jogász területekről érkező mindenkori új alkotmánybírók. 3) Az állandó alkotmánybírósági munkatársi gárda egyrészt fokozza az autentikus alkotmánybíróvá felnövés nehézségeit, másrészt lehetővé teszi, hogy az alkotmánybíróság elnöke vagy más főhiválnoka a gárdán keresztül lényegében pusztán álcávvá szorítsa vissza az alkotmánybírói testületet, és a fő hangsúlyt illetően a mögöttes apparátussal átvegye az alkotmánybíróság döntési hatalmát. 4) Torzulást jelent az is, hogy több alkotmánybíróságnál – így a magyarnál is – az alkotmánybírósági elnököt semmilyen automatizmus nem korlátozza az ügyek előadó bíróhoz kiadásában, vagy akár saját magának megtartásában, és ezzel a legjelentősebb kérdések eldöntésének irányát egymagában meg tudja határozni. 5) Következő torzulást jelent, hogy mivel egyetlen szerv sem áll az alkotmánybíróság felett, így óhatatlanul elszakadási tendenciák indulnak meg az alkotmány rendelkezéseitől, és épp azok, akik az alkotmány védelmére hivatottak, válnak a legnagyobb veszélyeztetőivé.

A jurisztokratikus államot elfogadva, de ezen belül azért a demokrácia komponensét erősítendő, a következő hiányok követelnek változtatást a mai helyzetben az előbbieken túl. 6) Az állami főhatalom részévé vált alkotmánybíróság döntéshozatala teljes mértékben a nyilvánosság kizárásával történik, és míg ez egy rendes felsőbíróságnál elfogadható, addig a társadalom politikai alapkérdéseit szabad mérlegeléssel meghozó alkotmánybírói testületnél ez a demokratikus nyilvánosság megsértését jelenti. 7) A jurisztokratikus állam alapkérdéseinek befolyásolására szerveződött mozgalmi jogászcsoporthoz belevegyülnek az egyszerű civilszervezeti egyesületek közé, miközben az új jogi-politikai döntéshozatal központi szereplőiként a jogász-harcosok gárdáit jelentik, így ezen változtatni kellene.

Végül említéni kell, hogy a rendes felsőbíróságokon belül a legfelsőbb bírósági szerepet betöltő bíróság bírái bár szintén részesülnek a jurisztokratikus állam alapkérdéseinek a meghozatalában, de egy zárt korporatív kiválasztás révén nem rendelkeznek a demokratikus legitimitáció minimumával sem. Így felvethető, hogy a jurisztokratikus állam némileg erősebb demokratikus komponenssel felruházása érdekében biztosítani kellene legalább a legfelsőbb bírósági szervezeti vezető bírók parlamenti megválasztását.